



CIRCULAR LABORAL 1/2024

2 de enero de 2024

RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: ENERO 2024.

1. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Las administraciones públicas pueden prohibir el uso de símbolos religiosos a sus empleados.

Siempre que se persiga una política de neutralidad en el entorno administrativo y se prohíba de forma general e indistinta, resulta una medida legítima y no es discriminatoria.

El litigio surge en Bélgica cuando una trabajadora del Ayuntamiento solicita llevar el velo islámico en su puesto de trabajo y se lo denegaron, momento que el consistorio aprovechó para modificar su reglamento de trabajo introduciendo una obligación de “neutralidad exclusiva” que prohíbe a todos los trabajadores llevar durante su jornada laboral cualquier signo visible que pueda revelar sus convicciones, en particular, religiosas o filosóficas, estén o no en contacto con el público.

La empleada inició varios procedimientos con el fin de que se declarara que se había vulnerado su libertad religiosa solicitando en todo momento que se cesase en esa conducta y finalmente el Tribunal de Lieja cuestionó la neutralidad de la norma impuesta por el Ayuntamiento y elevó cuestión prejudicial ante la Unión Europea.

Con esta sentencia, el TJUE dictamina que una administración municipal puede prohibir, de manera general e indiferenciada, a todo su personal el uso visible, en el lugar de trabajo, de cualquier signo que revele convicciones filosóficas o religiosas, y puede hacerlo solo por su voluntad de establecer un entorno administrativo totalmente neutro.

Ahora bien, como toda medida limitativa, debe ser adecuada, necesaria y proporcionada, a la luz de ese contexto y valorando los diferentes derechos e intereses en juego. Es necesario valorar si la norma en cuestión se sustenta en una finalidad legítima. Y el fallo entiende que sí es lícito el objetivo de garantizar, mediante un régimen de “neutralidad exclusiva”, un entorno administrativo totalmente neutro, lo que solo puede conseguirse eficazmente si no se admite ninguna manifestación visible de convicciones (sobre todo si son filosóficas o religiosas). Pero no sólo cuando los trabajadores estén en contacto con los usuarios del servicio público, sino también entre ellos mismos, puesto que el hecho de llevar cualquier signo, incluso pequeño, pone en peligro la finalidad perseguida.

La sentencia recuerda que todo Estado miembro, incluidas sus entidades infraestatales, tiene un margen de apreciación en la concepción de la neutralidad del servicio público que se pretende promover en el lugar de trabajo. En decir, puede considerarse que está objetivamente justificada la prohibición del Ayuntamiento de uso del velo islámico por una finalidad legítima: instaurar una política de “neutralidad exclusiva” en la administración, todo ello en el marco de sus competencias y con vistas a instaurar en su seno un entorno administrativo totalmente neutro.

No se observan visos discriminatorios si la administración tiene la misma posición y persigue el objetivo marcado de forma congruente y sistemática. Porque, a sensu contrario, también estaría igualmente justificada la opción por una autorización general e indiferenciada del uso de signos visibles de convicciones, o una prohibición del uso de esos signos limitada a las situaciones que impliquen contacto con el público.

En todo caso, el TJUE deja en manos del órgano jurisdiccional remitente la labor de ponderar los intereses en juego, valorando en particular la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y la prohibición de toda discriminación basada en la religión, unido al principio de neutralidad, en virtud del cual la administración pública interesada pretende garantizar a los usuarios de sus servicios y a los miembros de su personal un entorno administrativo sin manifestaciones visibles de convicciones.

TJUE. Gran Sala. Sentencia de 28 de noviembre de 2023. (C-148/22.)

2. TRIBUNAL SUPREMO

El Supremo matiza, concreta y aclara su doctrina sobre el carácter salarial de los pluses.

El plus de distancia y transporte tiene naturaleza salarial, y por tanto se puede compensar o absorber con la subida del SMI, si se abona con independencia de que el trabajador se desplace o no.

De esta forma, la Sala de lo Social del Alto Tribunal ha venido a matizar su doctrina en cuanto a la presunción iuris tantum de que todas las cantidades que percibe el trabajador del empresario son salario.

Hasta ahora las sentencias del Supremo dictadas en esta materia establecieron una doctrina jurisprudencial que atenuaba la exigencia probatoria susceptible de desvirtuar la presunción salarial respecto del plus de transporte. Ahora el Alto Tribunal se ve en la obligación de matizar esta doctrina.

El carácter salarial o extrasalarial de los pluses de transporte depende -al margen de la denominación que las partes le hayan dado en el Convenio- de si con tal concepto se remunera o no de forma efectiva el gasto de transporte o de desplazamiento que tiene que hacer el trabajador para realizar las funciones inherentes a su puesto de trabajo, sin que se pueda deducir de forma automática la pretendida naturaleza salarial en la forma de abonarlos todos los meses, incluso el de vacaciones.

La causa del abono de este plus es la generación de un gasto de desplazamiento que se produce por el hecho de prestar servicios laborales. Por tanto, el Supremo insiste en que su calificación jurídica no depende de cómo se le conceptúe en el convenio colectivo, sino de su verdadera naturaleza. Porque si remunera efectivamente los gastos de desplazamiento del trabajador será extrasalarial, y a sensu contrario, cuando no exista desplazamiento o traslado, se tratará de un complemento salarial, ya que no compensará unos gastos inexistentes.

En el caso, se ha de valorar que la empresa (Seguriber Compañía de Servicios Integrales SLU) ofrece un servicio de seguridad integral y el convenio colectivo de empresa atribuye al plus de transporte y distancia la condición de “indemnización compensatoria” de los gastos de desplazamiento y medios de transporte por lo que parece extrasalarial.

Sin embargo, de la prueba practicada se observa que el plus de distancia o transporte se abona con la misma cuantía de 101,28 euros a todos los trabajadores de los grupos profesionales II y IV con independencia de las circunstancias de cada uno de ellos y de si tienen que realizar desplazamientos dentro de la zona definida como localidad. Se paga los 12 meses del año, incluso cuando están de vacaciones, durante las cuales no tienen que afrontar ningún gasto de transporte derivado de su actividad laboral. Se abona también, con idéntico importe, en las pagas extraordinarias de junio y Navidad. No se paga con una cantidad distinta en función de cuántos días acude el trabajador a la empresa, sino que se paga una cantidad fija mensual. Pero, además, el plus se integra en la base de cotización, por lo que la empresa abona un complemento del subsidio por incapacidad temporal igual a dicho plus de transporte.

Por todas estas circunstancias particulares, entiende la Sala que no se ha desvirtuado la presunción iuris tantum de que todas las cantidades que perciben los trabajadores del empresario son salario, lo que obliga a declarar que este plus de distancia y transporte tiene naturaleza salarial. Esta conclusión conlleva a declarar totalmente lícito que sobre este plus salarial se aplique la compensación y absorción de la subida del salario mínimo interprofesional.

El Supremo concluye que en este caso no cabe optar por una opción u otra teniendo en cuenta la interpretación más favorable para el trabajador. Pues considerando que el plus tiene naturaleza salarial tiene efectos perjudiciales para el empleado por la absorción y compensación, pero resulta beneficioso para el cálculo de indemnizaciones.

TS. Sala de lo Social. Sentencia nº 756/2023, de 23 de octubre de 2023. Rec. nº 287/2021.

3. TRIBUNAL SUPREMO

La empresa no puede suprimir unilateralmente después de 20 años la practica consistente en salir antes el 24 y 31 de diciembre.

No se trata de una actuación puntual, aislada y ocasional de alguna de las sucursales, sino de una forma de actuar consolidada a lo largo del tiempo y extendida a todas las instancias del banco, incluso en sus servicios centrales.

Cuando durante más de 20 años los trabajadores han venido saliendo antes los días 24 y 31 de diciembre, - sin que durante todo este tiempo no se hubiera remitido ninguna nota interna, correo electrónico o comunicación por parte de la empresa-, el derecho a anticipar el cese de la jornada en esas dos concretas fechas se ha convertido en una condición más beneficiosa de carácter colectivo que no puede ser eliminada de forma unilateral por la empresa, y menos aun dándola por eliminada por la implantación de una herramienta informática sobre registro de jornada y desconexión digital.

La publicación en la Intranet de la empresa de la herramienta informática multiplataforma para la implantación del sistema de registro de jornada y desconexión digital no puede considerarse como una notificación fehaciente por escrito de la medida empresarial consistente en suprimir la práctica de cerrar las oficinas de la red a las 12, 30 horas los días 24 y 31 de diciembre.

No solo porque el objeto de esa herramienta sea el más genérico de implantar el obligado sistema de registro de jornada de trabajo, sino porque con esa implementación, no se incluye una específica y expresa decisión sobre la alteración de la condición de trabajo. Hubiera sido necesario una expresa y singular notificación por la empresa en cuanto a la eliminación de la práctica que venía tolerando desde tan antiguo.

De manera precisa valora muy especialmente el Supremo que esta práctica se viene realizando desde hace más de 20 años y de manera absolutamente generalizada en toda la red de oficinas bancarias, por lo que no se trata de una actuación puntual, aislada y ocasional de alguna de las sucursales, sino de una forma de actuar consolidada a lo largo del tiempo y extendida a todas las instancias del banco, incluso en sus servicios centrales.

El gran número de oficinas en las que se llevaba a cabo y la enorme prolongación en el tiempo de esta práctica, impide considerarla como una actuación desconocida y realizada a espaldas de la empresa, con base en la mera y simple tolerancia de los respectivos directores de cada

una de las oficinas; al contrario, en el ámbito interno y ante la necesaria interacción entre las diferentes sucursales del banco, las numerosas oficinas de las que dispone, han venido realizando esta práctica que era perfectamente conocida por la dirección de la entidad bancaria, y era admitida y consentida como un modo de permitir a los trabajadores disfrutar más relajadamente de las fiestas navideñas los días 24 y 31 de diciembre, en atención a la singular significancia que representan.

Se dan en el caso los requisitos que configuran la condición más beneficiosa al ser una práctica disfrutada en virtud de la consolidación y que por ello queda incorporada al nexo contractual. Y aunque lo decisivo es la existencia de voluntad empresarial para incorporarla al nexo contractual y que no se trate de una mera liberalidad o tolerancia del empresario, el hecho de haberse venido realizando durante 20 años impide considerar que lo haya sido por mera tolerancia del empresario.

TS. Sala de lo Social. Sentencia nº 994/2023, de 22 de noviembre de 2023. Rec. nº 113/2021.

4. TRIBUNAL SUPREMO

Despido nulo de trabajadora por aplicación imperativa del art. 55.5 ET: ¿en estos casos siempre se debe abonar indemnización por daños y perjuicios aunque se acredita que no existe móvil discriminatorio – la empresa conoció del embarazo en el mismo momento de entrega de la carta de despido-?

El Tribunal Supremo en esta sentencia que comentamos trata de determinar si, en el supuesto de que se haya producido un despido disciplinario de una mujer embarazada en el que no ha quedado acreditada la causa del despido, la declaración de nulidad que se anuda ineludiblemente a la vulneración del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación debe ir acompañada siempre de una indemnización reparadora del daño moral derivado de la infracción del derecho a no ser discriminada.

En condiciones normales, tal despido debería recibir la calificación de improcedente con las consecuencias y efectos previstos en el art. 56 ET. Pero en el caso de las trabajadoras embarazadas y en los demás supuestos previstos en los apartados a), b) y c) del art. 55.5 ET, la calificación del despido ha de ser la de su nulidad con las consecuencias previstas en el punto 6 del citado art. 55 ET: esto es la readmisión en su puesto de trabajo y el abono de los salarios dejados de percibir desde el momento de la inicial comunicativa extintiva.

Para las mujeres embarazadas la única alternativa en la calificación del despido es la de procedencia o nulidad. La finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios, los despidos "motivados" por razón de embarazo, lo que constituye uno de los principales desafíos a los que ha de hacer frente el derecho a la no discriminación por razón

de sexo en las relaciones laborales. Pero que sea esa la finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio.

Por tanto, al constar como probado que la empresa se enteró del embarazo de la trabajadora en el momento de la entrega de la carta de despido y que su despido coincidió con el de otros cinco trabajadores, se descarta que existiese un móvil discriminatorio en el despido, declaró su nulidad en aplicación del repetido art. 55.5 b) ET lo que implicó descartar la condena a una indemnización por daño moral derivado de una inexistente discriminación, aplicando los efectos típicos de toda declaración de nulidad: readmisión y condena a los salarios dejados de percibir.

TS. Sala de lo Social. Sentencia nº 1148/2023 de 12 de diciembre de 2023. Rec. nº 5556/2022.

5. TRIBUNAL SUPREMO

Reducción de jornada por guarda legal. Concreción horaria: el Alto Tribunal recuerda que los trabajadores a turnos no pueden imponer el sistema de turno único.

Aunque es a la trabajadora a quien corresponde concretar el horario que pretende realizar una vez ejercitado su derecho a la reducción de la jornada diaria, esa concreción solo puede hacerse dentro de los límites de su jornada ordinaria, lo que determina que, en el caso examinado, la reducción debería producirse sin alterar el régimen de trabajo a turnos que venía realizando y que constituía característica específica de su jornada ordinaria, pues la previsión del artículo 35.6 del ET no comprende la posibilidad de variar el régimen ordinario de la jornada, ni la modificación unilateral del sistema de trabajo a turnos.

El cambio del sistema de trabajo a turnos y su sustitución por un sistema de turno único de mañana no implica una simple reducción de jornada, sino una alteración de la jornada ordinaria de trabajo. En el caso analizado, además, la negativa de la empresa a aceptar la reducción de jornada con cambio del sistema de trabajo a turnos no aparece como desprovista de fundamento o razón, ni tampoco que constituya fraude o abuso de derecho. Al contrario, consta en los hechos probados que la demandada arguye razones organizativas y productivas conectadas con el hecho de que la aceptación de la pretensión implicaría una descompensación de personal.

Ni la Directiva 2010/18 ni el Acuerdo marco sobre el permiso parental contienen disposición alguna que permita obligar a los Estados miembros, en el contexto de una solicitud de permiso parental, a conceder al solicitante el derecho a trabajar con un horario fijo cuando su régimen de trabajo habitual es un régimen de turnos.

TS. Sala de lo Social. Sentencia de 21 de noviembre de 2023. Rec. nº 3576/2020.

6. TRIBUNAL SUPREMO

Criterios para la cuantificación de la indemnización por vulneración de Derechos Fundamentales: más allá de la LISOS.

Los criterios para la cuantificación de la indemnización por vulneración de Derechos Fundamentales es una cuestión muy recurrente. Su alta litigiosidad y la falta de criterios claros para el cálculo de la indemnización hacen que considere de gran interés cada nuevo pronunciamiento sobre el tema.

En su día, la sentencia del TC nº 61/2021, vino a clarificar, finalmente, la obligación de todo tribunal, cuando observaba una vulneración de un derecho fundamental de un trabajador, a pronunciarse obligatoriamente sobre la cuantía de la indemnización a la que el trabajador tenía derecho.

Posteriormente, y en la misma línea, la sentencia del TS de 23 de febrero de 2022, venía a indicar que el demandante no tenía obligación de probar la existencia de daños morales ni tampoco establecer criterios para su delimitación para que el Tribunal tuviera obligación de pronunciarse. No obstante si estableció cuatro parámetros que serán los que el tribunal de instancia deberá tener en cuenta para el cálculo de la indemnización concreta:

- Máximo y mínimo de la sanción de la LISOS correspondiente.
- Antigüedad.
- Salario del trabajador.
- Nulidad o improcedencia del despido.

En ese caso, dado que el trabajador tenía poca antigüedad (2 años), un salario bajo (1300 euros mensuales) y se consideraba que la nulidad era suficientemente reparadora se otorga el mínimo de 6.251 euros.

En la sentencia que comentamos ahora se vuelve a insistir en estos cuatro parámetros. La utilidad de esta sentencia es ver cómo juegan los cuatro criterios en una situación distinta.

En el presenta caso el trabajador tenía una antigüedad de más de 18 años y un salario diario de 161,20 euros (unos 4.800 euros mensuales). En el presenta caso, igual que en el anterior se declara nulidad del despido algo que el Tribunal Supremo considera que debe reducir la indemnización ya que gran parte del daño se repara con la nulidad. En fin, con estos parámetros el TS condena a 25.000 euros de indemnización.

Así vemos como, en un caso en el que el trabajador tiene 9 veces más antigüedad que en el anterior (de 2 años a 18 años y percibe casi 4 veces más salario (de 1300 a 4800 euros), la indemnización otorgada es solamente 4 veces más que en el otro supuesto (de 6251 a 25.000 euros).

TS. Sala de lo Social. Sentencia de 14 de noviembre de 2023.

7. TRIBUNAL SUPREMO

Acumulación del permiso de lactancia en contratos a tiempo parcial: aclaraciones y concreciones.

La cuestión a resolver es la de determinar cómo debe calcularse la acumulación de jornadas por lactancia de los trabajadores a tiempo parcial, en un supuesto en el que la empresa reconoce el derecho a tal acumulación pese a que el convenio colectivo de aplicación no regula esa materia.

La sentencia del juzgado de lo social desestima la demanda de conflicto colectivo y considera conforme a derecho la práctica de la empresa, que consiste, en dividir el número de días laborables que restan hasta que el menor cumpla nueve meses por las 8 horas, correspondientes a la jornada ordinaria, y reconocer los mismos días acumulados resultantes a los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial.

El recurso de suplicación del sindicato demandante es acogido en la sentencia de la Sala Social del TSJ de Andalucía/Sevilla de 17 de febrero de 2022, rec. 4619/2021. Entiende que a los trabajadores a tiempo parcial les corresponden tantos días acumulados como los que resultan de dividir los días laborables que quedan hasta que el menor cumpla nueve meses, por el número de horas diarias de su jornada parcial. Recurre la empresa ante el Tribunal Supremo que desestima su recurso y ratifica la STSJ de Andalucía.

El TS desestima el recurso de la empresa. Como ya ha determinado la STS 419/2018, de 19 de abril (Rec. nº 1286/2016), la determinación exacta del número de días laborables que corresponde al ejercicio acumulado del permiso de lactancia debe calcularse a razón de la hora diaria de trabajo en la que el permiso consiste.

Si los trabajadores a tiempo parcial tienen derecho a una hora de ausencia del puesto de trabajo, su acumulación en días completos de trabajo debe necesariamente sujetarse a ese mismo parámetro cuantitativo, de tal forma que bajo esa modalidad de ejercicio del permiso acaben finalmente disponiendo del mismo número total de horas que les hubiere correspondido de haberlo disfrutado diariamente.

En consecuencia, la fórmula que debe utilizarse para cuantificar los días laborables acumulados de permiso es la de dividir el número total de días laborables que restan hasta la fecha en la que el menor cumple los nueve meses – o la mayor edad que, en su caso, pueda fijar el convenio-, por las horas de trabajo que se corresponden con la jornada de la persona trabajadora. La cifra resultante de esa división será el número de días laborables acumulados que deben reconocerse al trabajador que opta por activar esa modalidad.

Esto es así, porque si el permiso consiste en el derecho a una hora de ausencia diaria del puesto de trabajo, tanto para los trabajadores a tiempo completo como a tiempo parcial, esto supone que el número total de horas que deben acumularse son tantas como días laborables queden para que el menor alcance la edad hasta la que se extienda la duración máxima del permiso.

Ese es el número de horas que el trabajador puede acumular en jornadas completas de trabajo, lo que, lógicamente, determina que el trabajador a tiempo parcial necesite más días para alcanzar ese mismo resultado. Se trata de que el total de jornadas de trabajo acumuladas se corresponda finalmente con el del número de horas a las que tendría derecho a ausentarse en ejercicio del permiso.

Como no puede ser de otra forma, todas las partes aceptan que las trabajadoras tienen derecho a una hora de ausencia diaria, con independencia de que presten servicio 8 horas diarias a tiempo completo, o 4 horas a jornada parcial. Son 113 los días laborables que restan desde que se reincorpora al trabajo tras la maternidad y hasta que el menor cumple nueve meses, siendo por lo tanto esa misma cifra el total de horas que deben acumularse.

La empresa divide esas 113 horas/días entre 8 horas diarias de trabajo, y reconoce 14,13 días de permiso de lactancia acumulado a todos los trabajadores, a tiempo completo o parcial.

De ello resulta que los trabajadores a tiempo completo disfrutan en toda su extensión de las 113 horas de permiso que les corresponden, a razón de 8 horas diarias por cada uno de esos 14,13 días acumulados.

Sin embargo, los que prestan servicios a tiempo parcial tan solo alcanzan la cifra de 56,52 horas en ese mismo periodo de 14,13 días, al ser su jornada diaria de 4 horas de trabajo.

Resultado, deja claro el TS, que no es acorde con lo pretendido por el legislador en el art. 37.4 ET, al admitir la posibilidad de acumular en días de trabajo el permiso de una hora diaria de lactancia.

Con la alternativa sustitutoria de acumular el permiso no se persigue que todos los trabajadores dispongan del mismo número de jornadas acumuladas de libranza, sino que puedan disfrutar acumuladamente de la totalidad de las horas de trabajo efectivo que les corresponden como permiso de lactancia.

Esto explica lo extraño que pudiere resultar, solo en apariencia, el hecho de que los trabajadores a tiempo parcial vayan a disponer de un mayor número de jornadas de trabajo acumuladas que los que prestan servicio a tiempo completo. Un efecto engañoso, si se repara en la circunstancia de que todos ellos disfrutaran, finalmente, de las mismas horas de permiso.

TS. Sala de lo Social. Sentencia de 21 de noviembre de 2023.

8. TRIBUNAL SUPREMO

Despido colectivo de trabajadores de 50 o más años en empresas con beneficios. ¿Desde cuándo empieza a correr el plazo de prescripción de 4 años para exigir a la empresa la aportación económica al Tesoro público?

El *dies a quo* del plazo de prescripción de 4 años del que dispone la Hacienda Pública para proceder a la liquidación de los créditos a su favor debe computarse desde el momento en que pudo ejercitar su derecho y no desde la fecha en la que la Autoridad laboral decida finalmente remitir al SEPE el certificado de empresa.

Es verdad que ni el artículo 5 del RD 1484/2012, ni la Disposición Adicional Decimosexta, de la Ley 27/2011, fijan un plazo máximo para que la Autoridad laboral remita el certificado de empresa al SEPE, pero eso no supone que dicha Autoridad pueda cumplir libérrimamente con esa obligación para postergar la remisión de dicho certificado como le venga en gana, pese a no concurrir circunstancia alguna que pudiese justificar el transcurso de un periodo de tiempo en sí mismo superior al plazo máximo de prescripción de 4 años del que dispone para efectuar la obligada liquidación anual de la aportación empresarial.

En el caso analizado, la resolución administrativa objeto del litigio indica que la aportación reclamada es por la anualidad de 2012, mientras que la propuesta de liquidación es de 4 de mayo de 2018, sin que conste que la información facilitada por la empresa en su certificado (enero 2013) pudiese resultar objetivamente insuficiente para cumplir con lo exigido por el artículo 5.2 del RD 1484/2012, obligando con ello al SEPE a recabar información adicional para determinar los elementos que dan lugar al cálculo de la aportación.

No hay, por tanto, el más mínimo elemento de juicio que de alguna forma pudiese justificar tan excesivo retraso en la remisión del certificado por parte de la Autoridad laboral, ya que ni tan siquiera se invoca la necesidad de realizar alguna clase de actuación complementaria para determinar las bases necesarias en el cálculo del importe de la aportación al Tesoro público que haya de realizar la empresa. Si la norma legal exige la coetánea o sucesiva intervención de dos diferentes organismos públicos y establece un único y determinado plazo para iniciar el procedimiento de liquidación del crédito, la actuación administrativa debe ser completada de manera coordinada por los dos organismos implicados dentro de ese único plazo de prescripción legalmente previsto para llevarla a efecto. El plazo frente al administrado es único, uno solo y el mismo. No cabe que el inicio del cómputo pueda quedar condicionado por el injustificado retraso de alguno de ellos en el cumplimiento de sus obligaciones.

TS. Sala de lo Social. Sentencia de 19 de septiembre de 2023. Rec. nº 37/2023.

9. TRIBUNAL SUPREMO

El Supremo fija doctrina y declara que el padre no tiene derecho al subsidio por nacimiento en caso de muerte intrauterina.

No obstante, deja la puerta abierta a que el legislador pueda, en estos supuestos tan dolorosos, configurar una situación de suspensión del contrato y prestación por nacimiento en favor del progenitor distinto de la madre biológica, oportunidad ofrecida por la Directiva (UE) 2019/1158, aunque con entrada en vigor posterior al supuesto enjuiciado.

El fallo de la sentencia fija doctrina y establece que el art. 48.4 ET, los correlativos 177 y 178 de la LGSS, sobre el derecho al subsidio por nacimiento y cuidado del menor, en la dicción otorgada por el RDL 6/2019, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, y el derecho reglamentario anterior vigente (RD 295/2009), no reconocen el derecho a la suspensión ni, en consecuencia, la prestación por nacimiento y cuidado de menor al padre biológico, en el caso de fallecimiento intrauterino del feto que hubiera permanecido en el seno materno durante más de 180 días. Entenderlo de otro modo, puntualiza el Pleno, provocaría un desigual tratamiento respecto de aquellas situaciones en las que se produce la muerte de un hijo cuando ya han vencido los periodos especialmente protegidos, - añade la Sala-

Anteriormente ya señaló que la maternidad, el embarazo y el parto son realidades biológicas diferenciadas de obligatoria protección, derivada directamente del art. 39.2 de la CE, que se refiere a la protección integral de las madres, y por ello, las ventajas que se determinen para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre.

Además, reconocer la prestación en estos casos supondría interferir sensiblemente en el orden normativo, diseñando una prestación en contra de una norma que la proscribiera y que no ha sido derogada. El Ministerio Público y el INSS ponen el acento en el art. 26 del RD 295/2009, atinente al nacimiento, duración y extinción del derecho al subsidio de paternidad (para el nacimiento y cuidado de menor en la terminología posterior), y que expresamente dispone que no puede reconocerse el subsidio por paternidad si el hijo o el menor acogido fallecen antes del inicio de la suspensión o permiso.

Sin embargo, una vez reconocido el subsidio, éste no se extinguirá, aunque fallezca el hijo o menor acogido. Y avala esta tesis el propio art. 48.4 ET, cuando dispone el inicio del descanso obligatorio a partir del nacimiento del hijo, sin contemplar ni definir en modo alguno las eventuales situaciones previas a tal nacimiento.

No obstante el Supremo deja la puerta abierta a que en un futuro, el legislador pueda, en estos supuestos tan dolorosos, configurar una situación de suspensión del contrato y prestación por nacimiento en favor del progenitor distinto de la madre biológica, pues esta oportunidad es ofrecida por la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019 -aunque con

entrada en vigor posterior al supuesto que ahora se enjuicia, al expresar la Directiva que los Estados miembros también pueden conceder el permiso de paternidad en caso de muerte fetal.

TS. Sala de lo Social. Sentencia nº 753/2023, de 19 de octubre de 2023. Rec. nº 292/2022.

10. TRIBUNAL SUPREMO

Contratar a una mujer en avanzado estado de gestación no es por sí solo indicio de fraude a efectos de cobrar el desempleo.

De nuevo la perspectiva de género es la que sirve para resolver, porque no siempre la contratación de una mujer embarazada constituye en sí misma un indicio de fraude para la obtención de las prestaciones de seguridad social. Subraya la Sala de lo Social del Supremo que para ello es necesario acreditar panorama indiciario mínimamente relevante y sólido para sostener la tesis de rechazo de las posibilidades laborales -y de encuadramiento en el sistema de la seguridad social- de una trabajadora en proceso gestacional.

De lo contrario se produciría una expulsión del mercado de trabajo y del correlativo aseguramiento de la mujer embarazada, constitutiva de una discriminación en el acceso al empleo por razón de sexo, - apunta la sentencia-.

Y sobre esta premisa, entiende la Sala que en el caso no existe una situación de fraude dirigida a obtener indebidamente la prestación de desempleo porque la trabajadora ya había sido contratada en diferentes periodos por la empresa, utilizando una fórmula de contratación similar -contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción para atender exigencias del mercado-, y, aunque es cierto que en el último periodo la trabajadora estaba en el sexto mes de su embarazo, ello por sí solo no implica que no estuviera en condiciones de poder llevar a cabo la prestación de los servicios de auxiliar administrativa para la que había sido contratada.

En el caso, no puede hablarse de una connivencia de la trabajadora con la parte empresarial para obtener indebidamente la prestación de desempleo. Fueron varios los vínculos contractuales a lo largo de la vida laboral de la trabajadora, siendo el último de ellos el que coincide en su inicio con el sexto mes del embarazo y solo de esta condición o estado no puede derivarse el fraude, máxime cuando el proceso gestacional fue normoevolutivo y sin evidencia de riesgo alguno, debiendo entenderse como ejercicio legítimo del derecho al trabajo.

Es para el Supremo normal y no fraudulento a efectos de generar la prestación por desempleo, la contratación de los servicios de la trabajadora como auxiliar administrativa -trabajo que no puede calificarse de penoso-, pues de otra forma podría incurrirse en una discriminación en el acceso al empleo, por razón de sexo, prohibida por el art. 14 de la Constitución.

TS. Sala de lo Social. Sentencia nº 892/2023, de 30 de octubre de 2023. Rec. nº 130/2021.

11. AUDIENCIA NACIONAL

Una empresa deberá pagar más de 80.000 € por no aprobar el plan de igualdad.

Mantener una conducta evasiva y contraria al principio de buena fe negocial, que ha interferido de forma evidente en la elaboración de un Plan de Igualdad, necesario y requerido para toda la plantilla de la empresa, supone una vulneración del derecho a la libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva.

Aprueba la sentencia que la empresa ha incumplido de forma reiterada su deber de aportar la información necesaria para la elaboración del plan de igualdad. Pese a las peticiones constantes de la RLT, la patronal no remitía nunca los datos requeridos o lo hacía de forma incompleta e insuficiente y esta conducta es lo que de facto ha impedido la negociación de un instrumento tan relevante para alcanzar la igualdad entre los empleados. Decimos que este incumplimiento ha sido reiterado tanto desde un punto de vista temporal, como desde un punto de vista material, pues a la fecha del dictado de la sentencia la empresa aun no dispone de un Plan de Igualdad actualizado.

También ha incumplido su deber de información para elaborar el registro retributivo y la valoración de puestos de trabajo, por lo que no se ha podido obtener un diagnóstico fidedigno de la situación. No solo porque su formato y desglose de las diferentes aportaciones no permite su análisis ni cumplir su objetivo, sino también porque se sustenta en una metodología que no permite identificar las diferencias que pudieran existir; se carece de la información relativa a la descripción de puestos de trabajo que ha servido de base para su realización y falta información sobre la dimensión de la empresa e incluso faltan trabajadores con períodos contratación inferior al año o con reducciones de jornada.

Por toda esta actuación que los jueces consideran inadmisibles, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido y la falta de voluntad negociadora de la empresa, se condena a abonar al sindicato demandante en concepto de indemnización de daños y perjuicios, las siguientes cantidades:

- 73.000 euros, por el plazo transcurrido desde el 1 de diciembre de 2020 (fecha final para la aprobación del Plan de Igualdad) y la interposición de la demanda (7-9-2023), a razón de 72,34 euros diarios.

- 108,51 euros día por el periodo transcurrido desde el día siguiente a la fecha de interposición de la demanda hasta la fecha de la presente resolución.

- 144,68 euros día por el periodo transcurrido desde el día siguiente a la fecha de la presente resolución hasta aquél en que concluya el procedimiento de negociación y se apruebe el definitivo Plan de Igualdad.

Justifica la Audiencia su metodología para determinar la cuantía de la indemnización en varios factores, tales como la reiteración de la conducta empresarial; el tiempo transcurrido desde la constitución de la comisión negociadora hasta la fecha de interposición de la demanda; la imposibilidad de aprobarse un plan de igualdad en plazo o por la desprotección de parte de los trabajadores de la plantilla que no disponen de un Plan de Igualdad actualizado, y aplicable a toda la plantilla, por el que puedan resultar amparados, y en todo caso, señala que bajo su criterio, sería inútil fijar una indemnización única, siendo la fórmula que expone adecuada tanto a la reparación del daño como al fin anhelado que no es otro que negociar y obtener el instrumento perseguido de forma rápida y eficaz.

AN. Sala de lo Social. Sentencia nº 26/2023, de 17 de octubre de 2023. Rec. nº 226/2023.

12. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

Uso excepcional y sin informar a la plantilla de cámara de seguridad encubierta para confirmar incumplimientos laborales.

El TSJ matiza que ante una continuada perpetración de un ilícito penal que afectaba al patrimonio de la empresa, pues había fundadas sospechas de que el trabajador despedido venía sustrayendo cartuchos de tinta de las impresoras, puede la empresa adoptar la medida de poner una cámara oculta para poner fin a los hurtos e identificar al responsable.

Lo importante es que la instalación no fue de carácter permanente, dado que cuatro o cinco días después de su instalación descubre al autor de los hechos y lo despide. Su licitud se basa en que fue un uso coyuntural, excepcional y no permanente de unas cámaras de seguridad para confirmar incumplimientos laborales, pues la empresa demandada hasta entonces siempre había puesto en conocimiento de la representación de los trabajadores la instalación de las cámaras.

Por ello, entiende la Sala que una mínima sospecha de robos o hurtos u otras irregularidades cometidas por los empleados sí puede en determinados casos justificar la instalación de un sistema de videovigilancia encubierta por parte del empleador, pero insiste en que es del todo necesario la existencia de sospechas razonables de que se hayan cometido graves irregularidades, y el alcance de los hurtos constatados en el caso apuntan a una justificación seria en el proceder de la empresa.

El sistema de video-vigilancia cuestionado cumple los parámetros que sanciona la doctrina constitucional, también del TEDH, para afirmar su legitimidad, es decir, pues se considera como un medio idóneo por apto para acreditar los hechos imputados a la demandante, es un medio necesario por inexistencia de otros medios más módicos o menos gravosos con el mismo fin, y es proporcional, por importar mayor provecho para el interés general de la empresa que agravio sobre el derecho fundamental que el trabajador invoca.

Se ha hecho un ejercicio de equilibrio entre el derecho al respeto a la privacidad del trabajador en su vida privada y el interés del empleador en garantizar la protección de sus bienes y el buen funcionamiento de la empresa.

La Sala confirma la licitud del medio de prueba empleado y con ello la procedencia del despido.

TSJ Madrid. Sala de lo Social. Sentencia nº 986/2023, de 3 de noviembre de 2023. Rec. nº 678/2023.

13. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

Es lícito el uso de Google Maps para controlar el tiempo indispensable para ir al médico.

No es una modificación sustancial de las condiciones del empleado, sino un derecho del empresario para garantizar la buena marcha de su negocio basándose en un sistema objetivo que da mayor seguridad jurídica.

En anteriores ocasiones se ha admitido por la jurisprudencia que la introducción por el empresario de mecanismos de control conducentes a comprobar el cumplimiento de las obligaciones laborales no supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, siempre que el método en cuestión se justifique en la necesidad de garantizar la buena marcha de la actividad productiva y no se produzca alteración relevante alguna ni perjuicio para los trabajadores. Véase sentencia del Tribunal Supremo 980/1987, de 17 de mayo.

En este asunto sucede prácticamente lo mismo en relación con la gestión de los permisos y licencias retribuidas. Hasta ahora, no existía en la empresa demandada ningún método de control más allá de que el empleado debía presentar el justificante de la consulta o prueba médica, y lo que se ha implantado es un mecanismo para fijar unos tiempos máximos de ida y vuelta tomando como referencia los obtenidos de la aplicación Google Maps, a los que se suman 20 minutos para aparcamiento y, en el caso de que sea por acompañar a familiares al médico, el tiempo necesario para volver a dejarlos en el lugar donde se les recogió o en su domicilio.

No es lo mismo justificación, que control. La primera sirve para acreditar que la persona trabajadora o su familiar, han sido citados a consulta médica en una hora concreta y la hora en que ha finalizado; y el control permite verificar que el tiempo invertido en acudir al centro sanitario y regresar a la empresa se ajusta a los estándares de indispensabilidad y necesidad.

Por ello, a juicio de la Sala, con este sistema lejos de ocasionar un menoscabo a las personas empleadas, les dota de una mayor seguridad jurídica al no depender de la valoración subjetiva de su empleador acerca del tiempo de desplazamiento que podría considerarse excesivo en cada caso y permitirles disponer de una referencia objetiva (la que ofrece Google Maps).

Además, les beneficia también de forma indirecta, al garantizar el correcto ejercicio por sus compañeros del derecho a la licencia o permiso concedido cuyo mal uso podría repercutir negativamente en su actividad laboral obligándoles a soportar una mayor carga de trabajo.

Y este sistema es también acorde a la buena fe que debe presidir las relaciones laborales, en pro de un uso adecuado de los permisos o licencias porque se disfrutan durante la jornada laboral y con derecho a retribución.

TSJ Madrid. Sala de lo Social. Sentencia nº 918/2023, de 20 de octubre de 2023. Rec. nº 642/2023.

14. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Licitud de grabación realizada con móvil a trabajador acosador por la víctima

El TSJ declara la plena validez de una grabación de los hechos que justifican un despido disciplinario porque la grabación fue realizada por una de las personas intervinientes en la discusión, aunque con posterioridad el video se entregara a la empresa.

No fue el empresario quien graba al trabajador en una acción sancionable, sino que la grabación se realiza por quien resulta ofendido y ello permite su uso como prueba a instancias de la empresa. La grabación de la imagen y sonido efectuada por la trabajadora, víctima de la actuación de acoso denunciada, y utilizada por la empresa, a los efectos de iniciar una investigación de los hechos, a los solos efectos disciplinarios, no vulnera el derecho a la intimidad del actor ni su derecho fundamental a la protección de datos personales

En el vídeo puede constatarse como el trabajador despedido, aprovechando que su compañera se encuentra sola en la lavandería de la empresa, se enfrenta a ella amenazándola con hablar con la hermana de su marido y con su propio marido, manifestando que ya ha hablado de ella con otros trabajadores del centro.

Este incidente de acoso a una compañera es suficientemente grave para justificar el despido porque los hechos ocurren en el centro de trabajo, en jornada laboral entre dos trabajadores, con independencia de la relación personal que pudiera haber entre ellos, y dentro del ámbito laboral se falta al respeto a la intimidad y dignidad mediante la ofensa verbal o física de carácter sexual, así como acoso psicológico o moral a través de acciones en el centro de trabajo.

La grabación no vulnera los derechos fundamentales a la intimidad ni a la dignidad del trabajador, ni su derecho fundamental a la protección de datos personales por haber sido la discusión grabada por una de las personas intervinientes en la misma, y no tuvo lugar en un ámbito privado, sino en las dependencias del centro de trabajo, con libre acceso de todos los trabajadores, por lo que, cualquiera hubiera podido presenciar la discusión, lo que invalida la

alegada expectativa de intimidad o reserva. La grabación no ha sido divulgada fuera del ámbito; por otra parte, tal y como señala el Magistrado de instancia, refleja un comportamiento indigno del trabajador, siendo él el único responsable de dicho comportamiento, y lo que evidencia no es un acto que atente al honor de este, sino al honor y dignidad de su compañera de trabajo.

TSJ Cataluña. Sala de lo Social. Sentencia nº 2402/2023 de 17 de abril de 2023. Rec. nº 6195/2022.

15. JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 2 DE ALICANTE

Condenada empresa a pagar 6.000 euros de sanción por utilizar información biométrica para el fichaje de entrada y salida sin el consentimiento de los trabajadores.

Primera sentencia que reconoce que los datos biométricos solo pueden utilizarse si son adecuados, pertinentes y no excesivos, lo que impone una evaluación estricta de la necesidad y la proporcionalidad de los datos tratados y analizar si la finalidad prevista podría alcanzarse de manera menos intrusiva. La sentencia reconoce el derecho de un trabajador a una indemnización de más de 6.000 euros, por haber sido sometido a reconocimiento facial sin su consentimiento.

El trabajador solo autorizó a la empresa al uso de sus derechos de imagen para publicaciones en páginas web y redes sociales propiedad de la empresa, campañas, revistas, publicaciones, folletos, publicidad corporativa y demás materiales de apoyo, pertinentes para la difusión y promoción de la actividad de la empresa, pero no autorizó que la empresa sacara una fotografía de la cara de los empleados desde un dispositivo de la entrada y que esa imagen haya sido usada para fichar la entrada y la salida en el puesto de trabajo; de hecho, el trabajador manifiesta que ni siquiera fue informado del uso de los datos biométricos.

El trabajador no dio consentimiento para que su imagen fuera empleada para fichar a la entrada y salida del puesto de trabajo.

La empresa ya fue sancionada por la Agencia Española de Protección de Datos y ahora el Juzgado refrenda que, como refiere el Dictamen 3/2012 sobre la evolución de las tecnologías biométricas, el uso de la biometría plantea la cuestión de la proporcionalidad de cada categoría de datos tratados a la luz de los fines para los que se traten los datos. Los datos biométricos solo pueden utilizarse si son adecuados, pertinentes y no excesivos, lo que impone una evaluación estricta de la necesidad y la proporcionalidad de los datos tratados y analizar si la finalidad prevista podría alcanzarse de manera menos intrusiva.

A la hora de analizar la proporcionalidad de un sistema biométrico, es preciso considerar previamente si el sistema es necesario para responder a la necesidad identificada, es decir, si es esencial para satisfacer esa necesidad, y no solo el más adecuado o rentable; y también debe atenderse a la probabilidad de que el sistema sea eficaz para responder a la necesidad

en cuestión a la luz de las características específicas de la tecnología biométrica que se va a utilizar; y un tercer aspecto a valorar es si la pérdida de intimidad resultante es proporcional a los beneficios esperados porque si el beneficio es relativamente menor, como una mayor comodidad o un ligero ahorro, entonces la pérdida de intimidad no es apropiada; y un último aspecto para evaluar la adecuación de un sistema biométrico es considerar si un medio menos invasivo de la intimidad alcanzaría el fin deseado.

Pues bien, en el caso, el Juzgado considera que existe una evidente desproporción entre la sensibilidad de la información captada y su necesidad práctica, y que además, no consta que se ofrecieran al trabajador otras opciones sobre el modo de fichaje, pudiendo habersele ofrecido la posibilidad de fichar con tarjeta, como así ocurrió con unas trabajadoras gemelas.

Y en todo caso, el derecho a la intimidad y la propia imagen del trabajador puede ser objeto de tutela con relación al poder de vigilancia y control del empresario (como ocurre con la colocación de sistemas de grabación o captación de imagen y sonido; o con el control sobre la utilización del correo electrónico o el uso de internet), y toda medida restrictiva de derechos, debe superar un test de proporcionalidad, de modo que se vulnera el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea adecuada, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, trastorne los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida.

Por todo ello, el Juzgado declara que se vulneró el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del trabajador por la utilización de su información biométrica sin su consentimiento para el fichaje de entrada y salida y condena a la empresa a indemnizar por daños morales en la suma de 6.251 euros.

Juzgado de lo Social nº 2 de Alicante. Sentencia nº 190/2023 de 15 de septiembre de 2023. Rec. nº 489/2023.

Departamento Laboral y de Seguridad Social.

Persona de contacto: Eduardo Ortega Figueiral
Email: ortegaef@ortega-condomines.com

Persona de contacto: Jorge Barbat Soler
Email: jbarbat@ortega-condomines.com

Persona de contacto: Raül Sala Cuberta
Email: rsala@ortega-condomines.com